

EL JUEZ EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado, doctor en Derecho. Audiencia Provincial de Guipúzcoa

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-11, p. 11:1-11:20. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-11 (2005), 19 ago]

RESUMEN: El trabajo ofrece una descripción acompañada de reflexiones sobre el contenido de la función jurisdiccional en el proceso de ejecución de la pena privativa de libertad, con específica atención al Juez de Vigilancia Penitenciaria. La propuesta del autor consiste en que los criterios legales relativos a la ejecución de la pena deben interpretarse en

consonancia con los siguientes paradigmas o criterios: adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración del victimario a la comunidad.

PALABRAS CLAVES: Ejecución penal, control jurisdiccional, protección de las víctimas, reintegración del victimario a la comunidad, principio de subsidiariedad de la pena privativa de libertad.

Fecha de recepción: 27 junio 2005

Fecha de publicación: 19 agosto 2005

SUMARIO: I. Las sanciones penales: fundamento y fines. II. La ejecución de las penas. III. La suspensión de las penas privativas de libertad. IV. La sustitución de las penas privativas de libertad. V. El Juez de Vigilancia Penitenciaria.

I. Las sanciones penales: fundamento y fines

La superación de las teorías absolutas, que consideran la pena como un fin que se agota en su contenido retributivo –la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito–, justifica la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, la sociedad¹. El cumplimiento de este objetivo permite asignar a las penas una función básica-

¹ Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en L. MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. En relación al CP 1995, L. MORILLAS CUEVA, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También A. JORGE BARREIRO, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. E. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.



mente preventiva² que se despliega en un contexto comunitario –prevención general- e individual –prevención especial-.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal³ que asiente la “conciencia social de la norma”, la “confirmación de la vigencia de la norma” o la “ratificación de una actitud de respeto por el Derecho”.

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la recidiva delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identificaba con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual e inocuización empiezan a adquirir predicamento. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados.⁴

La utilidad preventiva de la sanción penal no debe desgajarse de las exigencias del principio de protección de las víctimas⁵. Para ello debe preservar a las víctimas de

² La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal imparte sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. R. BARBERET, “La prevención general y especial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, p. 121 y 122. H. KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

Señala ZAFFARONI que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. E. R. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

³ En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, E. R. ZAFFARONI, *En torno...., cit.*, pp. 154-157.

⁴ J. L. DIEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. DE LA CUESTA, acogiendo la terminología de GARLAND, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter aflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. J. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. WACQUANT sostiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social por el Estado penal. L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. BUSTOS Y HORMAZÁBAL mantienen que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va paralela a la pérdida de soberanía de los Estados. J.J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23.

⁵ En el campo de la filosofía política PETTIT reseña que el derecho penal sirve, entre otros objetivos, para defender a las víctimas. De ahí que, a su juicio, la política penal se estructura en torno a dos principios: parsimonia en la criminalización y reconceptualización del castigo como medio de rectificación de los efectos del delito. Para ello, la sanción penal debe cumplir los siguientes objetivos: lograr un reconocimiento del estatus de las víctimas,

futuros riesgos victimizantes procedentes del comportamiento del victimario involucrando, en la medida de lo posible, a este último en tal tarea, mediante la interiorización del significado que el hecho protagonizado tuvo para las víctimas. La sanción penal tiene, respecto a las víctimas, una función preservadora y otra creadora.

La *función preservadora* se centra en tutelar a las víctimas a través del diseño de contextos jurídicos de contención de los riesgos derivados del comportamiento del victimario. Por ello, los poderes públicos, radicados en el espacio normativo y jurisdiccional, deben adoptar las medidas idóneas para prevenir la victimación, implementando los instrumentos jurídicos precisos para impedir la repetición de un hecho victimizante⁶. Esta cosmovisión debe estar presente en las tareas de creación (ámbito legislativo), selección y aplicación (ámbito jurisdiccional) de los recursos penales. De esta forma, se produce un restablecimiento de la paz jurídica, que rodeaba a las víctimas antes de la aparición de la conducta victimizante, mediante la articulación de mecanismos de un contenido estrictamente asegurativo sobre la persona del victimario.

La *función creadora* busca la reconstrucción de la realidad vital trocada por el delito. Por ello, facilita la implicación del victimario en el reconocimiento del significado de hecho victimizante en el entramado existencial de las víctimas y promueve la realización, por su parte, de una actividad de reparación del daño causado. Con esta actuación, se restaura la situación creada con la lesión jurídica de los derechos de las víctimas, se involucra al victimario en la tarea de reconstitución de lo mutado por el delito y se estabiliza la norma como marco jurídico de protección. Se crean, en definitiva, los cimientos de una paz jurídica futura, mediante la dinamización de estrategias centradas en la comprensión por el victimario del significado que el hecho victimizante tuvo en el devenir vital de las víctimas. La promoción de espacios dúctiles a la integración y el reconocimiento caracterizan a la función creadora.

La integración holística de las funciones preservadora y creadora dotaría de contenido al *paradigma recreador*. Buscaría la construcción de un espacio cualitativamente distinto al preexistente al delito y al generado por la infracción penal. El espacio previo al delito no está imbuido de sentido victimal. No existen ni las víctimas ni el victimario. El delito impregna de contenido victimológico a la realidad preexistente a la infracción criminal: crea las víctimas y los victimarios. La identificación de cada uno de ellos, la individualización de sus respectivas realidades vitales y la configuración de su relación se realiza desde la nueva cosmovisión ofrecida por el hecho victimizante. La sanción no pretende reeditar la realidad preexistente al delito⁷. No se puede borrar la significación que el hecho delictivo tuvo para las víctimas y los victimarios; no es factible expulsar de su vida el delito sufrido y cometido. La sanción debe coadyuvar a construir una realidad, distinta a la preexistente al delito y diversa a la creada por el delito, que permita a quienes sufrieron un hecho delictivo dejar de observar la realidad

procurar que el delincuente recompense a las víctimas y renovar la seguridad de las víctimas en que el victimario no volverá a cometer un crimen. P. PETTIT, *Republicanism*, ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 202-208.

⁶ J.A. SAMPEDRO ARRUBLA, *La Humanización del proceso penal*, ed. Legis, Bogotá, 2003, p. 81.

⁷ En este sentido, CRUZ mantiene que la reclamación de responsabilidad constituye una interacción que no puede limitarse a una mera exigencia de restablecimiento del estado de cosas preexistente a la intervención dañina. M. CRUZ, *Las malas pasadas del pasado*, ed. Anagrama, Barcelona, 2005, pp. 107 y 108.

que les circunda única y exclusivamente desde su pupila de víctimas. En palabras de SUCASAS⁸: "No se escucha la voz de la víctima para invertir el reparto de papeles, sino para pensar, y materializar en la acción, una situación ajena a la lógica victimaria". No se confiere significación a las víctimas para que conciban y vivencien su vida únicamente como víctimas; se atribuye un lugar preferencial a las víctimas para que vivan y sientan como personas a partir de su condición de víctimas. En este plano encuentran plena significación las palabras de MATE⁹ cuando se refiere al contenido de la reconciliación. Las víctimas pretenden, dice el mentado autor, "compartir la soledad de una experiencia fundamental que tiene la víctima pero desconoce el verdugo: la de llegar a desear que aquello nunca hubiera ocurrido. Les duele que sólo él viva con ese deseo y aspira a que el verdugo llegue a la misma experiencia. No busca la venganza, sino que el asesino experimente la maldad de su acción, es decir, que llegue a desear que aquello no hubiera ocurrido ni para él, ni para el otro".

De forma específica, las medidas de seguridad constituyen sanciones penales aplicables a las personas que, con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada, cometen un hecho previsto como delito y presentan, a través de un juicio deductivo derivado de los hechos y de sus circunstancias personales, un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos¹⁰.

Las medidas de seguridad tienen un fundamento preventivo-especial: con su imposición se persigue reeducar al victimario respecto al que se ha formulado un juicio de peligrosidad criminal postdelictual¹¹. Todas las medidas, por lo tanto, tratan de evitar, de forma específica, la recidiva; tratan de garantizar, en definitiva, que el sometido a la medida no cree nuevas víctimas¹².

En los casos de culpabilidad limitada con peligrosidad criminal conviven la pena – como reacción jurídica a la culpabilidad mitigada por el hecho cometido– y la medida de seguridad –como reacción jurídica a la peligrosidad criminal–. Si la pena y la medida de seguridad son privativas de libertad rige el denominado sistema vicarial. Este sistema se atiene a las siguientes reglas:

- cumplimiento prioritario de la medida,
- abono del tiempo de cumplimiento de la medida en la duración de la pena impuesta,

⁸ A. SUCASAS, "Interpelación de la víctima y exigencia de justicia", *La ética ante las víctimas*, ed. Anthropos, Barcelona, 2003, p. 95.

⁹ R. MATE, *Memoria de Auschwitz*, ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 246 y 247.

¹⁰ SANZ pone de manifiesto las dificultades inherentes a un pronóstico de esta índole. A su juicio, la escala tradición criminológica de nuestro país no hará sino incrementar las ya de por sí grandes dificultades de articulación de un verdadero derecho de medidas, por más que el legislador pretenda rodearlo de "cientificidad" a través de la exigencia de "informes técnicos" o de la atribución de facultades a "equipos de asistencia social". Por ello, concluye, el juzgador termina recurriendo, en la mayor parte de los casos, a un pronóstico "intuitivo". A.SANZ MORAN, "Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal", *Revista de Derecho Penal*, 1, 2000, p. 37.

¹¹ F. MUÑOZ CONDE, "Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV, 1996, p. 305. M. POLAINO NAVARRETE, M. POLAINO-ORTS, "¿Medidas de seguridad incoizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad", *Actualidad Penal*, 38, 2001, pp. 898 y ss.

¹² JESCHECK señala que las medidas sirven a la protección de la colectividad y del autor mismo ante el peligro de reincidencia que puede constatarse en base a la comisión por su parte de un hecho delictivo. HANS-

- suspensión del cumplimiento de la ejecución de la pena o aplicación de alguna medida no privativa de libertad contenida en el artículo 96.3 CP, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través del cumplimiento de la medida.

II. La ejecución de las penas

Las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinado por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido sostener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad¹³, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial¹⁴.

Las penas persiguen, por tanto, fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución.

En la fase de conminación legal prevalece el fin preventivo general. La pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad.

En la fase de determinación judicial de la pena¹⁵ conviven fines preventivo-generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros. La individualización e imposición de la pena constituye una confirmación de la vigencia de la norma jurídica y una actualización de la amenaza abstracta tipificada previamente en la ley. De ahí su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo-generales. Ahora bien, en la medida que la elección jurisdiccional de la clase y duración de la pena, dentro del marco legal, predetermina o condiciona el contenido de la ejecución (por ejemplo, posibilidad de sustitución o suspensión en el caso de las penas privativas de libertad), responde, también, a finalidades de prevención especial, al

HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. Primero, ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 18.

¹³ J. M. SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

¹⁴ J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40, México, 2000, pp. 281-282 (véase, del mismo autor: “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 58, 2000, págs. 171-212; se trata de una versión previa y ligeramente diferente del mismo artículo antes citado).

¹⁵ En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

valorarse en el plano jurisdiccional la idoneidad de las alternativas a la pena privativa de libertad para contener un riesgo de reincidencia.

En la fase de ejecución de la pena concurren, también, fines preventivo-generales y preventivo-especiales. Tal y como afirma MORILLAS CUEVA, los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que vuelve a ratificar la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos¹⁶.

Ciñéndonos a la última fase, estimamos que la ejecución de la pena debe satisfacer tres criterios complementarios. A saber:

- abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como un medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario; constituiría *el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho*;

- proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena; dotaría de contenido al *paradigma de protección de las víctimas*,

- posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de “responsabilización” por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño y la implementación de alternativas de contenido rehabilitador; conferiría sentido al *paradigma de reintegración comunitaria del victimario*.

El ordenamiento jurídico español establece un marco regulador de la ejecución penal caracterizado por la dispersión normativa. Son diversas las normas jurídicas que tratan de materializar cuatro principios cardinales de la ejecución penal pergeñados en la Constitución Española de 1978:

- la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas¹⁷,
- el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del condenado a una sanción penal que conlleve privación de libertad¹⁸,
- la finalidad resocializadora de las sanciones penales privativas de libertad¹⁹ y

¹⁶ L. MORILLAS CUEVA, “Valoración político-criminal...”, cit, p. 42.

¹⁷ Dispone el artículo 24.1 CE que todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

¹⁸ Disciplina el artículo 25.2 CE que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Estos derechos gozarán de la protección reforzada diseñada en el artículo 53.2 CE, articulada en torno a tutela judicial ordinaria a través de un procedimiento preferente y sumario y una tutela extraordinaria del Tribunal Constitucional por los cauces del recurso de amparo. E. RUIZ VADILLO, “La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 13, nº extraordinario, 1999, pp. 212 y ss. B. MAPELLI, “Contenido y límites de la privación de libertad”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 12, nº extraordinario, 1998, pp. 93 y ss. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, 3, 1998, pp. 153-184.

¹⁹ Establece el artículo 25.2 CE que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orien-

- el monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales²⁰.

Estos principios constituyen el marco referencial de la legislación vigente en materia de ejecución penal, dada la necesidad, en aras a preservar la jerarquía institucional de la Constitución, de interpretar las leyes penales a la luz de lo dispuesto en la ley constitucional²¹.

En el orden jurídico sustantivo las normas básicas se circunscriben a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

En el orden jurídico procesal, las normas fundamentales se ciñen a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante, LECrim).

Esta pluralidad de fuentes normativas ofrecen, en el plano sustantivo, un marco jurídico heterogéneo, dúctil a la aparición de antinomias y preciso, por tal motivo, de una laboriosa labor doctrinal y jurisprudencial abocada a intentar lograr en el plano exegético una plasmación del sentido unitario del ordenamiento jurídico, sobre el que se asienta, en gran medida, las notas de certidumbre y previsibilidad de la respuesta normativa que caracterizan al valor de la seguridad jurídica²². Este esfuerzo por la coherencia intrasistémica se plasma, fundamentalmente, en la elaboración de un elenco de principios, varios de ellos normativizados, sobre los que estructurar los criterios interpretativos de las normas jurídicas aplicables en materia de ejecución penal. Entre los mentados principios destacan los siguientes²³:

- *principio de legalidad*: precisa que las sanciones penales imponibles así como las

tadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el artículo 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, sin que el mentado artículo haya optado, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc– por una concreta función de la pena (por todas, STC 120/2000).

²⁰ Atribuye el artículo 117.3 CE la exclusividad de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

²¹ E.R. ZAFFARONI, *En torno.....*, cit, p. 121.

²² Menta el artículo 9.3 CE que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de la seguridad jurídica.

²³ J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 158-163. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 113-138.

condiciones de ejecución de las mismas vengan determinadas por una norma jurídica con rango de ley²⁴, siendo necesario, para cumplir las exigencias de taxatividad y certeza, que el legislador sea preciso en su redacción, eliminando las ambigüedades y evitando las contradicciones²⁵;

- *principio de jurisdiccionalidad*: exige que las sanciones penales sean impuestas por un órgano judicial, a quien competirá también el control de su ejecución²⁶;

- *principio de proporcionalidad*: impone una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la culpabilidad del infractor y la entidad de la consecuencia jurídica prevista para la misma; para ponderar la medida entre la conducta injusta y la sanción debe tenerse en cuenta la relevancia del objeto de protección, la intensidad de su afección y las condiciones de imputación subjetiva del hecho²⁷.

- *principio de humanidad*: exige que el contenido y duración de la sanción penal sea compatible con el postulado de la indemnidad de la dignidad humana, evitando sanciones que por su contenido –penas de muerte o corporales- o por su duración –penas de prisión de larga duración- puedan tildarse de inhumanas o degradantes²⁸;

- *principio de resocialización*: precisa atribuir al contenido de la ejecución de las sanciones una significación favorecedora de la integración comunitaria del penado. En un Estado democrático el principio de resocialización debe entenderse como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social.

En el plano procesal, la diversidad normativa genera un producto jurídico errático. No existe una regulación del procedimiento que encauce las pretensiones que se promuevan ante los órganos judiciales de ejecución (Jueces o Tribunales sentenciadores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria). La carencia alcanza especial vigor en el ámbito competencial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria²⁹, siendo reiteradas las peticiones doctrinales y jurisprudenciales que solicitan una Ley reguladora de los procedimientos ante los mentados órganos jurisdiccionales³⁰. Es más: la orfandad normativa ha generado una dinámica judicial centrada en diseñar y actualizar periódicamente criterios de actuación que posibiliten cierta certidumbre en la materia. Estos criterios³¹ carecen de vinculación jurídica, pero tratan de ofrecer unas pautas de solu-

²⁴ El artículo 2.1 CP establece que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. El artículo 3.2 CP dispone que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

²⁵ J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones.....”, cit, p. 280.

²⁶ El artículo 3.1 estipula que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. En su ordinal segundo especifica que la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

²⁷ J.J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema.....*, cit, p. 35.

²⁸ El artículo 15 CE prohíbe las penas inhumanas o degradantes.

²⁹ Únicamente en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ existe una regulación autónoma del derecho al recurso frente a las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

³⁰ El día 4 de abril de 1997 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Iniciada su tramitación parlamentaria caducó por la disolución de la VI legislatura, sin que se haya propuesto un nuevo texto jurídico para su aprobación.

³¹ Una última versión publicada de los mismos, F. BUENO ARÚS, “Conclusiones encuentro de Vigilancia Penitenciaria”, *Revista del Poder Judicial*, 68, 2002, pp. 407-473.

ción común que palien, en la medida de lo posible, una significativa disparidad de criterios³².

La diversidad normativa convive con una pluralidad de referentes institucionales en el orden judicial con competencia en materia de ejecución de las sanciones penales. Básicamente coexisten dos tipos de órganos judiciales en materia de ejecución penal: los Juzgados y Tribunales sentenciadores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Los Juzgados y Tribunales sentenciadores³³ tienen competencia exclusiva en la ejecución de las penas no privativas de libertad, salvo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y en la materialización de la pena privativa de libertad de localización permanente³⁴; ostentan competencia compartida con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la ejecución de las penas de prisión³⁵ y de medidas penales³⁶. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia exclusiva en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad³⁷.

Circunscribiéndonos a la pena de prisión, toda la materia referida a su ejecución se encuentra presidida por un principio vertebral: el principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación de libertad. Este principio, en el plano ejecutivo, precisa que sólo quepa acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, protección idónea de las víctimas y factible reintegración comunitaria del penado. Conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión el juez debe proceder a la

³² F. RACIONERO, "La norma reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, p. 104.

³³ Existen órganos judiciales especializados para el conocimiento exclusivo de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional penal. Se crean por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, que se publica en el Boletín Oficial del Estado. Así tiene ocasión de establecerlo el artículo 98 LOPJ.

³⁴ Se infiere del artículo 37 CP que el control de la ejecución de la pena de localización permanente compete al Juzgado o Tribunal sentenciador a quien se faculta para acordar las modalidades de ejecución de la pena y deducir testimonio para proceder por un presunto delito de quebrantamiento de condena si el penado incumpliera la pena.

³⁵ Si bien el artículo 76.2 a LOGP atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria competencia para adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores, existen materias, como la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, la acumulación jurídica de sentencias o el licenciamiento definitivo del penado que siguen residenciándose en los Jueces y Tribunales sentenciadores.

³⁶ Al Juzgado o Tribunal Sentenciador compete, en exclusiva, la imposición de una medida de seguridad (artículos 6 y 95 CP) así como, en el caso de las medidas privativas de libertad, la adopción, en el ámbito de la ejecución, de cualquier decisión que afecte a la vigencia de la medida (cese, sustitución o suspensión). Al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria corresponde, en el seno de la ejecución de medidas privativas de libertad, formular, al menos anualmente, una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, fundamentando la propuesta en la valoración de los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida y en el análisis, en su caso, de las demás actuaciones que a ese fin ordene (artículos 97 y 98 CP). En el ámbito de la ejecución de las medidas no privativas de libertad, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria informar al Juez o Tribunal sentenciador del cumplimiento de las medidas impuestas (artículo 105 CP).

³⁷ Disciplina el artículo 49 CP que la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

inejecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los substitutivos penales previstos en la legislación. Desde esta perspectiva, antes del examen de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que actúa fundamentalmente en el plano de la ejecución de la pena y medida penal privativa de libertad, procede analizar los instrumentos jurídicos, tales como la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o su substitución por otras penas, que constituyen materialmente substitutivos penales a la pena de prisión, si bien pueden ubicarse dentro del derecho de ejecución de la pena³⁸.

III. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Los paradigmas de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario se encuentran presentes en la regulación que el Código Penal realiza del instituto de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80 y ss), suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 87) y substitución de las penas privativas de libertad (artículo 88).

Los mentados instrumentos jurídicos constituyen substitutivos penales, adoptando, para tal identificación, el sentido restringido de la expresión substitutivo penal. Tal y como afirma BARQUÍN, el término substitutivo penal, en su vertiente restringida, hace referencia a las posibilidades concretas previstas por la norma para dejar sin cumplir en todo o en parte la pena de prisión³⁹.

La suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad⁴⁰ es factible, tal y como se regula en los artículos 80 y 81 CP, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- la pena de prisión impuesta o la suma de las impuestas no exceda de dos años de duración, reacción jurídica acorde con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido;
- no exista una peligrosidad criminal del sujeto⁴¹, exigencia ínsita en el paradigma de protección de las víctimas al imponer la evaluación de los riesgos de nueva victimación⁴²,

³⁸ L. GRACIA MARTÍN/ M.A. BOLDOVA PASAMAR/ M. CARMEN ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 33.

³⁹ J. BARQUIN SANZ, "Sistema de sanciones...", cit. p. 286.

⁴⁰ E. MARIN DE ESPINOSA CEVALLOS, "Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, 35, 2000, p. 762 y ss. M. POZA CISNEROS, "Suspensión, substitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal", *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, 4, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 256 y ss.

⁴¹ La LO 15/2003 introduce una mención a la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado a una pena de prisión cuya ejecución puede suspenderse. Este criterio no debería fundamentar una denegación de la suspensión de la ejecución cuando la suspensión y las reglas de conducta son medidas idóneas para neutralizar el riesgo de recidiva y la imposición de la pena sea suficiente para manifestar el reproche penal. A juicio de MIR PUIG, esta previsión legal puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto. S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit. p. 685.

- el penado sea delincuente primario y haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, elementos inherentes al paradigma de resocialización o reinserción comunitaria⁴³.

La suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad es factible, según establece el artículo 87CP, cuando concurren los siguientes requisitos:

- la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años, reacción jurídica conforme con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;

- el penado carezca de peligrosidad criminal o la misma, de existir, tenga su fuente exclusiva en la dependencia del condenado al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, exigencia vinculada al paradigma de protección de las víctimas dado que trata de contener riesgos de reincidencia mediante la constatación de la falta de peligrosidad criminal o la enervación de la fuente de peligrosidad criminal existente⁴⁴;

- el condenado, que ha cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a alguna de las sustancias anteriormente referidas, presente un certificado suficiente, emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. Para valorar la idoneidad de este extremo el juez o tribunal solicitará un informe del Médico forense⁴⁵. Constituyen un conjunto de exigencias vinculadas al paradigma de

⁴² Sostiene CID MOLINÉ que la decisión respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión se funda en un juicio individualizado sobre la peligrosidad del infractor y la idoneidad de la suspensión, con las reglas de conducta, para tratar la peligrosidad. En todo caso, señala este autor, para una consideración adecuada de la situación de la persona condenada es preciso un informe psico-social del infractor, tarea sobre la que el Código Penal guarda silencio. J. CID MOLINÉ, "Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal de 2003", *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 150-151. La propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, a las medidas cautelares personales, elaborada por el Grupo de Política Criminal prevé que, con carácter previo a la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez de ejecución postule un informe psico-social de la persona condenada. Este informe deberá analizar el riesgo de reincidencia de la persona y la posibilidad de que el peligro de reincidencia, de existir, pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. El artículo 28 del Real Decreto 515/2005 contempla que los servicios sociales penitenciarios, a petición de la autoridad judicial, confeccionen informes sociales que sean tenidos en cuenta, entre otras materias, en el ámbito de la sustitución de las penas privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de las mentadas penas.

⁴³ El artículo 81.3 CP configura como una de las condiciones necesarias para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la reparación del daño a las víctimas, salvo que el propio juzgador, tras oír al Ministerio Fiscal y a los interesados, declare la imposibilidad total o parcial de reparación por parte del condenado. La referencia a la imposibilidad total o parcial pone de manifiesto la concepción económica que el legislador tiene de la reparación, obviando que la reparación puede ser incluso simbólica, razón por la cual el victimario siempre puede hacer algo para reparar el daño. De esta forma se vincula la reparación a la capacidad económica del victimario y se diluye la valoración del esfuerzo del victimario para mejorar la situación de las víctimas, dificultando su consideración como criterio preventivo-especial.

⁴⁴ Cuando el condenado sea reincidente establece el artículo 87.2 CP que el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Si las características del hecho delictivo cometido y las condiciones de su autor ponen de manifiesto que la drogodependencia constituye el factor criminógeno exclusivo o preferente, procederá la suspensión de la ejecución de la pena con contenido rehabilitador, dado que, en tal caso, no existe un menoscabo del paradigma de protección de las víctimas.

⁴⁵ El Médico Forense elaborará, a instancias del juez o tribunal, un informe que se extenderá a los extremos

resocialización en la medida que, garantizándose un tratamiento eficaz de la dependencia tóxica, se cercena de forma significativa un factor criminógeno de especial relieve.

Para dotar de contenido rehabilitador a la suspensión, en cualquiera de las modalidades referidas, el legislador ofrece al operador judicial un conjunto de herramientas jurídicas directamente encaminadas a evitar la producción de nuevas situaciones victimizantes. En concreto, pone en sus manos las denominadas reglas de conducta, recogidas en los artículos 83 y 87 CP.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con imposición de reglas de conducta constituye una vía de aproximación a la *probation* anglosajona que intensifica la orientación resocializadora de la pena suspendida⁴⁶.

Las reglas de conducta constituyen específicos deberes u obligaciones que se imponen al condenado para su cumplimiento durante el período de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad⁴⁷. Las reglas de conducta, por lo tanto, sirven para crear las condiciones precisas para la disminución del riesgo de comisión de nuevos delitos y la promoción de circunstancias dúctiles para la reintegración comunitaria del infractor. Con esta finalidad común cabe diferenciar cuatro tipos de reglas de conducta⁴⁸. A saber:

- las que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir (prohibiciones de aproximación y comunicación con las víctimas y prohibición de acudir a determinados lugares);
- las que persiguen garantizar un contacto del penado con las instituciones (obligación de comparecencia ante el juzgado o tribunal o servicios de la Administración, para informar de sus actividades y justificarlas y prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida);
- las que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado).
- las que pretenden neutralizar el factor criminógeno (en el caso de la suspensión especial, la falta de abandono del tratamiento de deshabituación⁴⁹ durante el período de suspensión⁵⁰)

referidos a la dependencia del consumo de sustancias tóxicas y la existencia de un tratamiento de deshabituación iniciado o culminado. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas", *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, p. 89.

⁴⁶ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995", *Estudios Jurídicos en Memoria de Jose María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131.

⁴⁷ El plazo de suspensión de la ejecución de la pena de prisión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves. El plazo suspensivo, dentro del marco legal, se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendiendo a las circunstancias personales del victimario, las características del hecho y la duración de la pena impuesta. Así lo estipula el artículo 80.2 CP.

⁴⁸ R. GARCÍA ALBERO, J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 101.

⁴⁹ En el ámbito de la Salud Pública conviven las estrategias de rehabilitación, centradas en la desintoxicación,

El incumplimiento de las reglas de conducta permitirá, previa audiencia de las partes, la sustitución judicial por otras reglas o la prórroga del plazo de suspensión sin que, en este último caso, la duración total exceda de los cinco años (artículo 84.2 a y b CP). La reiteración en el incumplimiento justificará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.2 c CP), lo que conlleva la ejecución de la pena suspendida (artículo 85.1 CP).

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el incumplimiento de la regla de conducta, aun no siendo reiterado, conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En el seno de los delitos relacionados con la violencia de género⁵¹ (una de las modalidades de victimación familiar), la infracción por el victimario de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con las víctimas, (deberes de imposición obligatoria en este tipo de victimación), determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.3 CP).

En el ámbito de la suspensión especial, el incumplimiento de la obligación de seguimiento del tratamiento de deshabituación conllevará la revocación de la suspensión (artículo 87.5 párrafo primero CP). Si transcurrido el plazo de suspensión no se ha acreditado la deshabituación del penado, se ordenará el cumplimiento de la pena de prisión de ejecución suspendida, salvo que el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento. En este último

con los programas de “reducción de riesgos y daños”, que pretenden tutelar la salud de las personas consumidoras de drogas. Su finalidad se centra en minimizar los efectos primarios relacionados con los abusos de sustancias psicoactivas, reducir los costos y daños secundarios generados por el consumo y disminuir la inserción en la adicción. Responden a una política preventiva que aspira a la reducción de los delitos cuya comisión tiene que ver con el consumo de drogas ilegales por parte del autor, fundamentada en la disminución de las oportunidades de delinquir. En el plano asistencial, la política de reducción de riesgos está orientada a minimizar el potencial efecto negativo del uso de drogas, mientras la política de reducción de daños tiene como objetivo la minoración de las consecuencias negativas derivadas del uso de drogas para el individuo consumidor y la comunidad en la que se inscribe. Un análisis de su contenido, J.A. del CERRO ESTEBAN, “Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 10-14 y X. ARANA, I. GERMÁN, “Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 153-195. En relación a la difícil convivencia entre la política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, J. MUÑOZ SÁNCHEZ, “Problemas legales de las políticas de reducción de daños”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 45 y 46. Una aplicación estricta del principio de coherencia en la actuación de los poderes públicos, que abarque los planos preventivos, asistenciales y reactivos, justificaría realizar una exégesis amplia del término tratamiento de deshabituación, en aras a posibilitar la inserción en su ámbito de las estrategias de mantenimiento o sustitución –el caso paradigmático es el programa de metadona- y de los programas de reducción de daños.

⁵⁰ El periodo de suspensión oscila entre los tres y los cinco años. Para fiscalizar el cumplimiento de la condición rehabilitadora se establece la obligación del centro o servicio responsable del tratamiento de facilitar al juez o tribunal sentenciador la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que puede experimentar así como su finalización. Esta información se suministrará en los plazos que reseñe el juez o tribunal sentenciador y, en todo caso, de forma anual.

⁵¹ En el tratamiento jurídico de la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, PEREZ-OLLEROS distingue entre la violencia de género, por una parte, y la violencia doméstica y asistencial, por otra. F. J. PÉREZ-OLLEROS, “Cuestiones y respuestas sobre la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La Ley*, 6273, 2005, pp. 6 y 7.

supuesto podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (artículo 87.5 párrafo segundo CP).

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin que el sujeto haya delinquido y, cumplidas, en su caso, las reglas de conductas fijadas por el juez o tribunal, se acordará judicialmente la remisión de la pena (artículo 85.2 en relación con el artículo 87.5, ambos del CP).

La diversidad de opciones normativas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión contrasta con una praxis judicial caracterizada por el automatismo en su concesión y la ausencia de verdadero contenido en su ejecución⁵². La verificación de la presencia de los requisitos normativos imperativos y la intuición respecto a la prognosis de comportamiento criminal futuro fundamentan, en la mayoría de las ocasiones, una decisión judicial; lejanas se encuentran todavía las aportaciones científicas que permitan conferir cuerpo argumental a conceptos -como la peligrosidad criminal- de indudable contenido criminológico.

IV. La sustitución de las penas privativas de libertad

Las penas de prisión de hasta dos años de duración pueden ser sustituidas por penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. La decisión compete al órgano jurisdiccional quien la deberá plasmar en la misma sentencia o en un auto emitido antes del inicio de la ejecución.

Cuando la pena de prisión a sustituir no exceda de un año, la decisión jurisdiccional de contenido sustitutivo se adoptará cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen. No cabe la sustitución cuando se trate de reos habituales⁵³.

Cuando la pena de prisión sustituible no exceda de dos años, la resolución judicial acogedora de la sustitución se justificará en la frustración de los fines de prevención y reinserción social anudables a la ejecución de la pena de prisión, inferibles de las circunstancias del hecho y del culpable. Se excluye de la sustitución a los reos habituales.

La sustitución, en cualquiera de los dos casos, permite la imposición de una o varias de las reglas de conducta pergeñadas en el artículo 83 CP por tiempo que no exceda de la duración de la pena sustituida, siempre y cuando no se hayan establecido como penas en la sentencia.

⁵² M. POZA CISNEROS, "Las nuevas tecnologías en el ámbito penal", *Revista del Poder Judicial*, 65, 2002, p. 111.

⁵³ Define el artículo 94 los reos habituales como aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

En el caso de comisión de un delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la pena de prisión se realizará por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁴ y conllevará la imposición de tres reglas de conducta:

- prohibición de acudir a determinados lugares;
- prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos;
- sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

La sustitución de la pena de prisión también está presidida por los paradigmas de adecuación a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario. Su limitación a penas privativas de libertad que, en todo caso, no excedan de dos años constituye una aplicación concreta del paradigma de adecuación de la intensidad respuesta a la significación antijurídica del hecho. La contemplación del esfuerzo para reparar el daño como un criterio jurídico de la sustitución y la implementación de reglas de conducta para reducir las posibilidades de comisión de nuevos delitos y consiguiente creación de nuevas víctimas supone una plasmación del paradigma de protección de las víctimas. La introducción de la frustración de los fines de prevención y reinserción social como el objetivo jurídico que permite la sustitución de penas de prisión de duración superior a un año e inferior a dos, conlleva un reconocimiento del paradigma de reintegración comunitaria.

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la sustitución de la pena de la misma naturaleza permite constatar que, en muchas ocasiones, el juzgador, ante unas mismas circunstancias factuales y normativas, puede acudir a una y otra institución⁵⁵. A falta de criterios normativos explícitos para justificar la opción jurisdiccional, (situación difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad⁵⁶), en aquellos casos en los que se encuentren presenten las notas que permiten la incardinación del supuesto sujeto a la decisión jurisdiccional en las normas reguladoras de la suspensión y la sustitución, serán las necesidades preventivo-especiales las que determinan la idoneidad de aplicar una u otra modalidad de sustitutivo penal.

V. El juez de vigilancia penitenciaria

Los tratadistas que se acercan al estudio del Juez de Vigilancia Penitenciaria sostienen, de forma unánime, que la creación de este órgano judicial constituyó una de las novedades fundamentales de la IOGP⁵⁷. La misma perspectiva se ofrece en el plano

⁵⁴ Se excluye la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa para evitar que el pago de la multa, al suponer un detrimento del patrimonio del condenado, repercuta negativamente en las víctimas que dependen económicamente del obligado al pago. J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

⁵⁵ J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, cit, pp. 281 y 309.

⁵⁶ J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones.....”, p. 281.

⁵⁷ De pieza fundamental del sistema español de ejecución de penas privativas de libertad habla A. ESTÉVEZ JIMENO, “Notas acerca del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, p. 150; de revolución en el control judicial de la Administración Penitenciaria habla A. DEL

judicial, destacando la jurisprudencia constitucional el relevante papel que en el sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (por todas, SSTC 83/1997 y 81/2000). De forma específica el Tribunal Constitucional resalta su función en la preservación y salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos (por todas, SSTC 143/1997 y 153/1998), articulándose como una auténtica garantía cuya vigencia y eficacia no puede depender del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes (por todas, SSTC 106/2001 y 194/2002).

Su creación obedeció a la necesidad de materializar los preceptos constitucionales que ubican en la esfera jurisdiccional la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE⁵⁸) y atribuyen al penado un estatuto jurídico permeable a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 25.2 CE⁵⁹). La judicialización⁶⁰ de ambas materias era especialmente importante dado el perfil dinámico que la ejecución tiene en el orden jurisdiccional penal – es posible modificar, en el plano de la ejecución el contenido de los pronunciamientos contenidos en la sentencia firme-, y las importantes atribuciones conferidas a la Administración Pública⁶¹ derivadas del espacio específico en el que se cumplen las penas de prisión –establecimientos cuya organización y prestaciones compete a órganos radicados en el Poder Ejecutivo-.

Entre los diversos modelos jurídicos existentes⁶², LOGP optó por la creación de un

MORAL, “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, p. 355.

⁵⁸ R. GARCÍA ALBERO señala que la expresión “hacer ejecutar lo juzgado” impone el control de los elementos esenciales que definen la pena y afectan a su contenido e intensidad. J.Mª TAMARIT SUMALLA/F. SOPENA GRAU/ R. GARCÍA ALBERTO, *Curso de Derecho Penitenciario*, ed. Cedes, Barcelona, 1996, p. 233.

⁵⁹ Los artículos 3, 4 y 6 de la LOGP construyen las líneas maestras del estatuto jurídico del penado partiendo de las premisas del respeto de la personalidad humana y de los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena. De forma explícita el artículo 3.3 RP señala, como principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad, la consideración del interno como sujeto de derecho no excluido de la sociedad

⁶⁰ La judicialización no sólo precisa la creación de una estructura institucional engarzada en el Poder Judicial; también exige crear las condiciones para el acceso a la justicia de las personas condenadas a penas privativas de libertad. B. MAPELLI, “La legislación penitenciaria en el ámbito europeo”, *Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria*, México DF, 1998, p. 236.

⁶¹ Tal como afirma MIR PUIG materias como la clasificación penitenciaria, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida y la libertad condicional condicionan de forma importante la intensidad y cualidad de la privación de libertad. S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit, pp. 736-737. Por ello, tal y como sostiene ASENSIO CANTISAN, dejar en manos de la Administración Penitenciaria, sin un control judicial efectivo, la modificación cuantitativa y cualitativa de las penas impuestas en sentencia firme pugna con elementales principios de un Estado social y democrático de Derecho. H. ASENSIO CANTISAN, “La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario, 1988, p. 63.

⁶² GARCIA VALDÉS destaca la existencia de tres modelos de control judicial de la actuación de la Administración Penitenciaria:

- por medio de los tribunales ordinarios, los cuales entran a conocer del asunto cuando existe un recurso planteado ante ellos, estando vedada su actuación de oficio.

- a través de los jueces de ejecución de penas, quienes despliegan sus competencias en aspectos estrictamente penológicos, como acumulación de condena, aprobación de beneficios penitenciarios, permisos de salida, licenciamientos.

- acudiendo a una jurisdicción especializada que se alce como garante de los derechos de los penados, no sólo por la vía del recurso sino también por su directo conocimiento de la prisión, pudiendo llegar a hacer sugerencias en temas estrictamente administrativos.

C. GARCÍA VALDES, “Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas

órgano judicial especializado radicado en el orden jurisdiccional penal, a quien se atribuye el control de la ejecución de las penas de prisión y la fiscalización de la actividad de la Administración Penitenciaria en aras a preservar el estatuto jurídico de los penados⁶³. Esta opción de política normativa fue corroborada por el artículo 94 LOPJ, extendiendo la potestad jurisdiccional de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a la ejecución de las medidas de seguridad⁶⁴.

La naturaleza de órgano judicial especializado, en razón a la especificidad de la materia que constituye el objeto de su competencia jurisdiccional, no ha supuesto, sin embargo, una correlativa exigencia de especialización del juez, a pesar de que la naturaleza de los temas a resolver exige un perfil judicial transdisciplinar, en el que la formación en las ciencias criminológicas y victimológicas parece ineludible⁶⁵. Tampoco ha conllevado la implementación de estructuras de apoyo al juez en las que se haga un hueco a la voz de los especialistas y expertos en ciencias de la conducta y dinámicas de integración comunitaria⁶⁶.

Las competencias atribuidas por la LOGP (control de la ejecución de las penas privativas de libertad y tutela del estatuto jurídico de los penados respecto a la actividad desplegada por la Administración Penitenciaria) y la LOPJ (control de la ejecución de

competencias", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 82-83.

En sentido similar, A. BERISTAIN, "El sistema penitenciario: problemas y soluciones", *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social*, México DF, 1999, pp. 310-311.

⁶³ Disciplina el ordinal primero del artículo 76 LOGP que El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. En su ordinal segundo dispone que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores; resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan; aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena; aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días; resolver por la vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias; resolver en base a los estudios de los equipos de observación y tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado; acordar lo que proceda sobre las peticiones o las quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal; autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado y conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento.

⁶⁴ Establece el ordinal primero del artículo 94 LOPJ que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

⁶⁵ El propio artículo 94 LOPJ ofrece una lectura contraria a la propuesta en esta reflexión, dado que en su ordinal quinto dispone que el cargo de Juez de Vigilancia penitenciaria será compatible con el desempeño en un órgano del orden jurisdiccional penal. Sin embargo, tal y como señalan GARCÍA ALBERO Y TAMARIT SUMALLA, el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad se revela como un espacio singularmente propicio para el diálogo interdisciplinar entre disciplinas sociales y jurídicas. R. GARCÍA ALBERO/J.Mª TAMARIT SUMALLA, *La reforma..... cit.*, p. 20.

⁶⁶ A. BERISTAIN, "Más criminólogos y menos jueces en las cárceles y en las audiencias", *Futura Política Criminal..... cit.*, p. 299.

las medidas de seguridad) han sido especificadas en el CP. Esta especificación abarca las siguientes materias:

- *acumulación jurídica de penas*: el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del penado y la evolución del tratamiento reeducador, que el pronunciamiento del tribunal sentenciador, referido a que el cómputo del tiempo para disfrutar de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional se realice sobre la totalidad de la pena impuesta, quede sin efecto, acordando que el cómputo se realice sobre el máximo de cumplimiento efectivo de la pena pergeñado conforme a lo dispuesto en el artículo 76 CP (a saber, triple de la mayor pena impuesta, 20, 25, 30 o 40 años, según los casos). Esta opción jurisdiccional está sometida a reglas especiales cuando se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales (artículo 78.3 CP).

- *clasificación en tercer grado*: con arreglo a los mismos criterios jurídicos que los dispuestos en el seno de la acumulación de penas, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede disponer que la clasificación en tercer grado de un penado condenado a una pena de prisión de duración superior a cinco años se efectúe antes del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta (artículo 36.2 CP).

- *pena de trabajos en beneficio de la comunidad*: al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria compete el control de su ejecución, pudiendo, a tal efecto, recabar los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración pública, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios (artículo 49.1º CP).

- *cómputo de la prisión provisional*: corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria el abono del tiempo cumplido en prisión provisional a causa distinta a aquella en que se decretó (artículo 58.2 CP).

- *suspensión de la ejecución de la condena*: se atribuye a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la decisión de suspender la ejecución de la condena y adoptar las medidas de asistencia médica que procedan en casos de enajenación sobrevenida (artículo 60 CP).

- *libertad condicional*: además de conceder la libertad condicional o proceder a su revocación, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede imponer motivadamente la observancia de reglas de conducta o medidas no privativas de libertad (artículo 90.2 CP).

- *medidas de seguridad*: el Juez de Vigilancia Penitenciaria propone al Juez o Tribunal sentenciador el mantenimiento, modificación, suspensión o cese de las medidas privativas de libertad y, en relación a las medidas no privativas de libertad, informa, en su caso, al juez o tribunal sentenciador de su cumplimiento⁶⁷ (artículos 97 y 105 CP).

En el plano procesal, la única referencia procedimental autónoma se encuentra en la

⁶⁷ Estima F. RACIONERO que el papel atribuido por el CP al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el ámbito de las medidas de seguridad vacía de contenido su papel de juez de ejecución para convertirse en un trabajador social cualificado –supuesto de las medidas no privativas de libertad– o un delegado del tribunal sentenciador –caso de las medidas privativas de libertad–. F. RACIONERO, “El Juez de Vigilancia Penitenciaria: historia de un afán. Minorías y prisión”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 12, nº extraordinario, 1998, p. 43.

Disposición Adicional Quinta de la LOPJ. La regulación contenida en su seno se limita a la materia de recursos que pueden entablarse frente a las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo que permite sostener que no existe una normativa procesal suficiente y específica en materia penitenciaria. La ordenación contenida en la mentada Disposición Adicional ha sido objeto de severas críticas⁶⁸ en tres planos:

- la legitimación activa para recurrir que se circunscribe al Ministerio Fiscal y al penado, excluyendo a las víctimas y a la Administración Penitenciaria;
- la diversidad de órganos judiciales con competencia para resolver el recurso acudiendo a criterios jurídicos dotados de cierta indeterminación, como la diferenciación entre materia de ejecución de penas y de régimen penitenciario⁶⁹;
- la ausencia de un marco normativo que regule el procedimiento que encauce las pretensiones que se entablen ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y responda a un modelo jurídico presidido por las notas de efectividad en el contenido de la tutela (artículo 24.1 CE) y respeto al espacio de defensa en el desenvolvimiento del iter que conduce a la obtención de la tutela (artículo 24.2 CE).

El devenir del Juez de Vigilancia Penitenciaria desde su creación ha permitido constatar un elenco de dificultades que, en acertada expresión del profesor MAPELLI CAFFARENA, permite sostener que la judicialización penitenciaria es un proceso inconcluso. En concreto, los problemas cabe circunscribirlos a las siguientes materias:

1. *En el plano competencial*

a) a pesar de la atribución competencial realizada por el artículo 76 LOGP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria no tiene competencias jurisdiccionales exclusivas en el seno del proceso de ejecución de la pena de prisión. Siguen residenciándose en el tribunal sentenciador temas tan importantes como la inejecución de la pena privativa de libertad, por su suspensión o su sustitución, la acumulación de penas, la aprobación de la liquidación de condena propuesta por la Administración Penitenciaria, la facultad de informar en los indultos y el licenciamiento definitivo.

b) no existe un claro deslinde de las competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de las atribuciones de la Administración Penitenciaria. La exégesis de los artículos 76.2. g LOGP (compete a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos) y 77 LOGP (disciplina que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria podrán dirigirse a la Dirección General de Institu-

⁶⁸ F. RACIONERO, “La norma reguladora....”, cit, pp. 133 y ss. A. ESTÉVEZ, “Notas acerca....”, pp. 165 y ss. A. DEL MORAL, “Recursos frente a", cit, pp. 367 y ss.

⁶⁹ Por ejemplo, en materias como la clasificación penitenciaria y los permisos de salida. En materia de clasificación penitenciaria el Pleno del Tribunal Supremo adoptó, en fecha 28 de junio de 2002, un acuerdo no jurisdiccional del siguiente tenor literal: “Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena”. Este criterio fue acogido en la STS de 9 de julio de 2002 en la que se funda la competencia del tribunal sentenciador señalando que las cuestiones de clasificación del penado interesan directamente al régimen de ejecución de la pena.

ciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de las actividades regiminales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario) ha generado interpretaciones contrarias sobre la posibilidad jurisdiccional de adoptar, en el curso de la resolución de una petición o queja, decisiones que incidan en la articulación de los servicios y actividades prestados en el Centro Penitenciario⁷⁰.

2. *En el plano procedimental*

a) Se carece de una ordenación legal del procedimiento a seguir ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. De esta manera se ha residenciado en el plano judicial la implementación de los criterios que permitan hacer efectivo el derecho a un proceso con garantías.

b) se diversifica la competencia judicial revisoria de las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados como la ejecución penal y el régimen penitenciario. Los recursos referidos a la ejecución penal se residencian en el Juez o tribunal sentenciador; los recursos atinentes al régimen penitenciario se atribuyen a la Audiencia Provincial de la demarcación territorial en la que se ubique el centro penitenciario.

c) se niega legitimación activa a las víctimas para instar la revisión de las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de la pena de prisión, y a la Administración Penitenciaria para postular la revisión de las resoluciones del referido juez atinentes al régimen y el tratamiento penitenciario.

3. *En el plano formativo y de apoyo*

A pesar de la naturaleza transdisciplinar de las materias sujetas a su examen:

a) no se prevé una formación específica del Juez de Vigilancia Penitenciaria en las ciencias criminológicas y victimológicas.

b) no existen estructuras de apoyo técnico al Juez de Vigilancia Penitenciaria para la adopción de sus resoluciones.

⁷⁰ Han sido diversos los conflictos de jurisdicción entre los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Administración Penitenciaria. El Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo ha ido pergeñando los criterios delimitadores de las esferas de competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la Administración Penitenciaria. Por todas, SSTCJ de 28 de junio de 1995, 7 de julio de 1995 y 25 de junio de 1998.